

# **Les limites de la coopération avec le juge national dans la création du droit des aides d'Etats**

*Présentation du 7 juillet 2017*

*Workshop UAB*

*« La modernisation des règles en matière d'aides d'État, [que nous avons entamée en 2012], est utile à la fois aux bénéficiaires des aides d'État et aux pouvoirs publics. Plus de neuf nouvelles aides sur dix sont versées sans avoir nécessité l'autorisation préalable de la Commission. ».*

Commentant les résultats du tableau de bord des aides d'Etat 2016, la Commissaire en charge de la Concurrence, Margrethe Vestager met en évidence une des évolutions du droit des aides d'Etat parmi les plus importantes de ces dernières années : l'exonération, dans certains cas, de la longue procédure d'instruction ex-ante par la Commission européenne pour une plus grande rapidité de mise en œuvre des aides.

Cette procédure alternative proposée par le Règlement général d'exemption par catégories (RGEC) expose les bénéficiaires à un risque accru de récupération d'aides illégales puisque la Commission a la possibilité, au cours d'un contrôle ex-post, de déclarer que les conditions énumérées par ledit règlement ne sont pas remplies. Dans son document de travail accompagnant son rapport sur la politique de concurrence en 2016, la Commission reconnaît avoir considérablement augmenté le nombre de ses contrôles ex-post<sup>1</sup>, qui s'est élevé à 78 en 2016 et a donné lieu à 11 décisions de récupérations (52 affaires restant encore pendantes). Le contentieux national relatif à la récupération de l'aide devrait s'en trouver sensiblement amplifié ainsi que le rôle de création du droit du juge national, chargé de l'application de ces nouvelles règles.

Le rôle du juge dans la formation de normes juridiques a souvent été méconnu, car masqué par une fonction d'« application » du droit dont on estimait qu'elle consistait en une simple fonction déclarative. Les théories réalistes ont révélé l'intervention créatrice du juge auquel il n'est pas donné une norme supérieure mais à qui il appartient de la créer : ainsi qu'énoncé par Michel Troper « ce qui préexiste au jugement n'est pas une norme, mais un texte, un texte législatif par exemple. La norme n'est pas ce texte, mais seulement sa signification »<sup>2</sup>. Les thèses normativistes ont également reconnu l'importance de l'intervention du juge dans l'édification de l'ordonnement juridique qui, « commençant avec l'établissement de la

---

<sup>1</sup>Document de travail accompagnant le rapport sur la politique de concurrence adressé au Parlement européen, au Conseil, au Conseil économique et social et au Comité des régions, SWD (2017)175 final du 31 mai 2017, p29

<sup>2</sup>Michel Troper, Pour une théorie juridique de l'Etat, Presses Universitaires de France, 1 janv. 2015

Constitution, conduit à travers la législation et la coutume, jusqu'aux décisions juridictionnelles, et, de celles-ci, jusqu'à l'exécution des sanctions »<sup>3</sup>

Ce travail d'interprétation de la norme est d'autant plus essentiel en droit de l'Union européenne qu'il permet d'en assurer la primauté. Le juge de l'union, malgré l'absence officielle d'autorité juridique des précédents judiciaires, contribue à l'élaboration d'une jurisprudence au caractère normatif en palliant, au besoin, aux lacunes du législateur. Le juge national, juge de droit commun du droit de l'UE est chargé d'assurer l'application effective du droit de l'Union, ce qui a conduit, comme souligné par Guy Canivet à une incontestable "revalorisation fondamentale de la fonction juridictionnelle"<sup>4</sup>.

Cette affirmation semble toutefois devoir être relativisée, dans le domaine du droit de la concurrence et plus particulièrement du droit des aides d'Etat. Ce dernier présente des caractéristiques spécifiques, du fait, notamment, d'un système de contrôle à un triple niveau.

En principe interdites dans le marché intérieur car elles faussent le libre jeu de la concurrence, les aides d'Etat peuvent être considérées comme compatibles avec le marché intérieur et donc être autorisées lorsqu'elles respectent certaines conditions, strictement énumérées à l'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

L'autorisation d'un Etat d'octroyer une aide doit émaner de la Commission européenne, chargée d'interpréter des dispositions qu'elle a elle-même édictée dans ses lignes directrices ou dans le RGEC, qu'elle adopte en lieu et place du Conseil.

La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne précise le régime procédural esquissé par l'article 108 du TFUE, permettant de délimiter plus clairement les compétences de la Commission européenne, des juridictions de l'Union européenne et des juridictions nationales.

Le juge de l'Union, en sus de son rôle de « délimitateur » de compétences, participe également à l'évolution des notions et concepts dans le cadre d'un contrôle normal sur la qualification d'aide pour des situations ne nécessitant pas d'appréciations économiques complexes. La fonction du juge national est distincte puisqu'il est chargé de vérifier la légalité des aides, c'est-à-dire d'examiner si la Commission a donné son accord préalable avant leur octroi et de faire appliquer les décisions de récupération.

La prédominance de la Commission européenne dans le triptyque est évidente dans cette matière du droit de la concurrence qui relève, en vertu de l'article 3 du TFUE, de la compétence exclusive de l'Union européenne. Cette configuration particulière implique d'appréhender la création du droit des aides d'Etat non pas seulement au travers d'un

---

<sup>3</sup>Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. fr. Ch. Eisenmann de la 2e éd. de la Reine Rechtslehre, Paris, Dalloz, coll. « Philosophie du droit », 1962, p318

<sup>4</sup>Guy Canivet, *Le droit communautaire et l'office du juge national*, Droit et société Année 1992 Volume 20 Numéro 1 p.139

« dialogue de juges » tel que théorisé par Bruno Génévois<sup>5</sup> mais de l'application du principe de coopération loyale consacré par l'article 4§3 du TFUE. Dans ce schéma, le rôle du juge national semble restreint à celui d'exécutant des décisions de la Commission.

Pour autant, les évolutions du droit des aides d'Etat qui se profilent, à l'instar de l'essor de la procédure d'exemption par catégories, conduisent à s'interroger sur un possible dépassement des limites de la coopération avec le juge national dans la création du droit des aides d'Etats.

La coopération avec le juge national est initialement restée circonscrite à des fonctions d'application effective et automatique du droit édicté par la Commission européenne et précisé par le juge de l'UE (I). Pour autant avec les récentes évolutions normatives et jurisprudentielles du droit des aides d'Etat un redéploiement de la coopération entre entités s'impose pour une meilleure interprétation des règles applicables (II).

## **I/ Une coopération circonscrite à l'application effective du droit des aides d'Etat**

Si le rôle du juge national dans le contrôle des aides d'Etat est considéré comme complémentaire à celui de la Commission européenne il est limité à une mise en œuvre effective du droit des aides d'Etat (A), son pouvoir d'interprétation restant strictement encadré par le juge de l'UE (B)

### **A/ La coopération avec la Commission européenne : un rôle complémentaire visant l'effectivité du droit des aides d'Etat**

En reconnaissant dans son célèbre arrêt *Costa c/ Enel* l'effet direct du droit primaire et donc de l'article 108§3 du TFUE, la Cour fait indirectement des juridictions nationales les garantes de l'efficacité de l'obligation de notification qu'il contient.

Il faut néanmoins attendre le début des années 90 pour que le rôle des juridictions nationales soit précisé. L'arrêt *Saumon*, rendu le 21 novembre 1991 en réponse à une question préjudicielle posée par le Conseil d'Etat établit que « le rôle central et exclusif réservé par les articles 92 et 93 du traité à la Commission pour la reconnaissance de l'incompatibilité éventuelle d'une aide avec le Marché commun **est fondamentalement différent de celui qui incombe aux juridictions nationales quant à la sauvegarde des droits que les justiciables tiennent de l'effet direct de l'interdiction** édictée à la dernière phrase de l'article 93 § 3, du traité [...] ». Et de préciser que les juridictions nationales « **ne se prononcent pas pour autant sur la compatibilité des mesures d'aides avec le Marché commun, cette appréciation finale étant de la compétence exclusive de la Commission, sous le contrôle de la Cour de justice.** »<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup>Conclusions de l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'Etat du 6 décembre 1978 “Ministère de l'Intérieur c/Cohn-Bendit”, Rec. Lebon p. 524

<sup>6</sup>CJCE, 21 novembre 1991, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires et Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon contre République française, Affaire C-354/90.

Ainsi conformément à la déclinaison du principe de coopération loyale, la juridiction nationale a à la fois une obligation d'action et une obligation d'abstention pour garantir la mise en œuvre effective du droit des aides d'Etat<sup>7</sup>.

Cette jurisprudence, rappelée à plusieurs reprises, a été consacrée en 2009 dans la Communication de la Commission relative à l'application des règles en matière d'aides d'État par les juridictions nationales<sup>8</sup> d'avril 2009. Les mécanismes de coopération entre la Commission et les Etats membres sont quant à eux précisés dans le règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE tel qu'actualisé en 2013<sup>9</sup>.

**A la lecture de ces textes le rôle du juge national consistant à vérifier si l'autorité nationale a dûment notifié l'aide octroyée, est double.**

-D'une part, il s'agit de statuer sur les aides considérées comme illégales, soit parce qu'elles n'ont pas été notifiées soit parce qu'elles ont été octroyées avant l'approbation de la Commission. Dans pareilles situations les juridictions nationales ont la mission de veiller à la sauvegarde des droits des justiciables affectés par la mise en œuvre illégale de l'aide concernée. Ce rôle est d'autant plus essentiel que la Commission ne dispose que de très peu de pouvoirs pour protéger les entreprises concurrentes : elle est en effet tenue de procéder à une évaluation complète de la compatibilité de l'aide sans pouvoir connaître de la seule illégalité. Dans l'exercice de cette fonction il doit toutefois toujours prendre en considération l'intérêt communautaire ce qui implique qu'il ne puisse adopter une mesure qui aurait pour seul effet d'étendre le cercle des bénéficiaires de l'aide<sup>10</sup>.

A ce titre les juridictions nationales sont chargées : d'empêcher le versement de l'aide illégale, récupérer cette dernière, ordonner le versement d'intérêts au titre de la période d'illégalité, accorder des dommages et intérêts aux entreprises concurrentes et tiers ou même ordonner des mesures provisoires.

-D'autre part, il s'agit d'exécuter les décisions négatives de la Commission ordonnant la récupération d'une aide. Les juridictions nationales peuvent en effet être saisies de demandes concernant des aides d'Etat dont la Commission a déjà ordonné la récupération. Il s'agit le plus souvent d'actions en annulation d'une injonction de récupération des autorités nationales mais des tiers peuvent également intenter contre les autorités nationales une action en dommages et intérêts pour inexécution d'une décision de récupération de la Commission.

---

<sup>7</sup>Magnon, Xavier (2011) La loyauté : aspects institutionnels : Dossier spécial : "La loyauté en droit de l'Union européenne". Revue des Affaires Européennes. Law & European Affairs, 2. p. 245.

<sup>8</sup>Communication de la Commission relative à l'application des règles en matière d'aides d'État par les juridictions nationales, OJ C 85, 9.4.2009, p. 1–22

<sup>9</sup>Règlement n° 734/2013 du Conseil du 22 juillet 2013 modifiant le règlement (CE) n° 659/1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, JO L 204, 31.7.2013, p. 15–22

<sup>10</sup>CJCE Arrêt du 5 octobre 2006., Transalpine Ölleitung in Österreich, aff C-368/04,

La réciprocité du principe de coopération loyale, c'est à dire l'assistance de la Commission au juge national, joue également. Les juridictions nationales ont, dans l'exercice de ces deux missions, la possibilité, depuis 1995 et la communication de la Commission sur la coopération, de solliciter l'aide de la Commission pour statuer dans une affaire pendante. Très irrégulièrement mobilisée, cette possibilité, consacrée notamment par l'arrêt *Syndicat français de l'express international*<sup>11</sup> a été réaffirmée dans la Communication de 2009 en s'inspirant du droit des ententes<sup>12</sup>.

### **Deux obligations incombent ainsi à la Commission.**

En premier lieu, la juridiction nationale peut demander à la Commission de transmettre des informations pertinentes sur le statut de l'aide pour savoir si celle-ci a été notifiée, est en cours d'examen formel à la Commission ou est susceptible d'être adoptée. D'autres informations peuvent être demandées comme des données statistiques, économiques, etc sur les marchés considérés. La Commission a une obligation de rapidité (délai d'un mois). Les uniques cas où elle peut se soustraire à cette obligation concernent des informations relevant du secret professionnel<sup>13</sup>, si la juridiction nationale ne peut en assurer la confidentialité, et des informations dont la divulgation risquerait d'entraver l'accomplissement des missions confiées à la Commission<sup>14</sup>.

En second lieu, les juridictions nationales peuvent demander son avis à la Commission sur des questions pertinentes concernant l'application des règles en matière d'aides d'État, qu'il s'agisse de questions économiques, factuelles ou juridiques. Cette possibilité, primordiale pour une bonne application du droit de l'UE par le juge national, est encadrée. La Communication de 2009 rappelle à cet égard que les juridictions nationales n'ont pas vocation à se prononcer sur la compatibilité de l'aide. La Commission n'a pas à leur répondre sur ce point ni à examiner le fond de l'affaire dans l'avis, non contraignant, qu'elle leur donne.

L'obligation de coopération loyale avec les juridictions nationales est ainsi strictement encadrée pour éviter qu'elle n'empiète sur les compétences interprétatives de l'omnipotente Commission. De même, dans le cadre du dialogue entre juge national et le juge de l'UE, ce dernier a tendance à restreindre les rares marges de manœuvre du juge national dans la création du droit des aides d'État.

### **B/ La coopération avec le juge de l'UE: un rôle créateur limité dans l'interprétation du droit des aides d'État**

---

<sup>11</sup> Affaire C-39/94, *SFEI et autres*, point 50;

<sup>12</sup> Communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 CE (JO C 101 du 27.4.2004, p. 54), points 15 à 30.

<sup>13</sup> Comme précisé dans l'arrêt du Tribunal du 18 septembre 1996, *Postbank/Commission*, T-353/94, Rec. p. II-921, point 87, « ces informations doivent revêtir une certaine importance et ne pas pouvoir être rendues accessibles à des tiers étrangers à l'entreprise »

<sup>14</sup> Ordonnance de la Cour du 6 décembre 1990, *Zwartveld e.a.*, C-2/88 Imm., Rec. p. I-4405, points 10 et 11.

L'exercice de la mission principale du juge, de mise en œuvre effective du droit des aides d'État implique qu'il soit en mesure de déterminer si la mesure en cause constitue effectivement une aide d'État au sens du traité.

Pour ce faire il doit se référer à la définition donnée par le Traité (article 107 du TFUE) qui vise une aide « accordée par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions».

Cette définition, a priori très large, a été peaufinée au gré des orientations, de la pratique décisionnelle de la Commission et, surtout, de la jurisprudence des juridictions de l'UE.

Surtout, ainsi que l'a rappelé la Communication récente sur la notion d'aides d'État<sup>15</sup>, la « jurisprudence des juridictions de l'Union constitue toujours la référence principale pour l'interprétation du traité »<sup>16</sup>.

Au delà de cette possibilité simple de faire usage des préceptes jurisprudentiels posés par le juge de l'UE, le juge national peut, voire doit -lorsque sa décision n'est pas susceptible d'un recours juridictionnel de droit interne- procéder à un renvoi préjudiciel au juge de l'UE pour des questions relatives à l'interprétation du droit de l'UE.

**L'interaction entre le juge national et le juge de l'UE ne se produit pas seulement au stade de l'identification de l'aide mais aussi à celui de l'appréciation de la validité d'une décision de la Commission.** Là encore la juridiction nationale, qui n'est pas compétente en la matière, peut ou, dans certains cas, doit saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle<sup>17</sup> à l'exception des cas où le requérant s'avère directement et individuellement concerné par un acte de la Commission et peut intenter un recours en annulation en vertu de l'article 263 du TFUE<sup>18</sup>.

C'est donc au juge de l'UE qu'il revient à ce moment là d'assurer la protection juridictionnelle des bénéficiaires. A cet égard, le standard de contrôle du juge de l'UE s'est

---

<sup>15</sup>Communication de la Commission relative à la notion d'«aide d'État» visée à l'article 107, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, C/2016/2946, OJ C 262, 19.7.2016, p. 1–50

<sup>16</sup>Point 3

<sup>17</sup>Au point 39 de l'arrêt rendu dans l'affaire T-330/94, *Salt Union/ Commission*, Rec. 1996, p. II-1475 il est indiqué que «es entreprises ont la possibilité de contester, devant le juge national, la décision d'une autorité nationale d'octroyer une aide d'État à une entreprise qui est en concurrence avec elles. Si l'aide relève d'un régime général d'aides, les entreprises peuvent mettre en cause, dans le cadre d'une telle procédure nationale, la validité de la décision de la Commission par laquelle celle-ci a approuvé ce régime. Si le juge national se trouve confronté à une question relative à la validité de cette décision, il peut ou, le cas échéant, doit poser une question préjudicielle à la Cour de justice en vertu de l'article 177 du traité. »

<sup>18</sup>Affaire C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf/ Allemagne*, Rec. 1994, p. I-833, points 17, 25 et 26.

sensiblement affermi dans le contentieux de la concurrence, notamment des aides d'Etat<sup>19</sup>. Et ce en contradiction apparente avec le principe selon lequel le juge de l'UE, dans les cas d'appréciations économiques complexes, se contente d'un contrôle restreint, portant uniquement sur la vérification du respect des règles de procédure et de motivation, de l'exactitude matérielle des faits retenus pour opérer le choix contesté, de l'absence d'erreur manifeste dans l'appréciation de ces faits ou de l'absence de détournement de pouvoir<sup>20</sup>.

La Cour œuvre à élargir considérablement le champ de son contrôle, comme le révèle l'arrêt *Commission européenne contre Deutsche Post AG* » du 2 septembre 2010. Dans cette affaire, la Commission contestait la décision du Tribunal de faire droit à la demande du bénéficiaire d'une aide (Deutsche Post) au motif que le Tribunal aurait excédé les limites de sa compétence définie par l'article 230 du TCE (263 du TFUE). La Cour dans sa décision suit les préconisations de l'avocat général Jääskinen<sup>21</sup> qui soulignait que « si la Cour reconnaît à la Commission une marge d'appréciation en matière économique, cela n'implique pas que le juge communautaire doit s'abstenir de contrôler l'interprétation faite par la Commission des données de nature économique ». A cet égard, comme indiqué par l'avocat général Jaaskinen, **le juge de l'UE semble désormais habilité « non seulement à vérifier l'exactitude matérielle des éléments de preuve invoqués, leur fiabilité et leur cohérence, mais également [à] contrôler si ces éléments constituent l'ensemble des données pertinentes devant être prises en considération pour apprécier une situation complexe et s'ils sont de nature à étayer les conclusions qui en sont tirées »** Et la Cour de conclure que ces éléments comprennent également les méthodes appliquées<sup>22</sup>.

**Si le juge de l'UE a élargi le champ de ses compétences, il semble en revanche avoir restreint celui des juges nationaux de par le strict encadrement de l'autonomie procédurale des Etats membres.**

La jurisprudence de la CJUE génère ainsi selon certains auteurs, un « paysage normatif strict au sein duquel les États membres et les bénéficiaires d'aides d'État indûment perçues n'ont en apparence que peu de latitude »<sup>23</sup>. Ceci rend malaisée l'office du juge national, confronté à des contrariétés entre droit interne et de l'UE et disposant d'une marge de manœuvre ténue.

---

<sup>19</sup>V. D. Bosco, La compétence de pleine juridiction du juge de l'Union, in S. Mahieu (ss dir.), *Contentieux de l'Union européenne. Questions choisies*, op. cit., supra n° 2, spéc. p. 250 s

<sup>20</sup>C'est notamment le cas pour la mise en œuvre du critère de l'investisseur privé en économie de marché CJCE, 29 févr. 1996, *Belgique c/ Commission*, aff. C-56193 : Rec. 1, p. 767, spécialement pts 10 et 11. TPI, 28 sept. 1995, *Sytraval*, aff. T-95/94

<sup>21</sup>Conclusions de l'avocat général M. Niilo Jääskinen présentées le 24 mars 2010

<sup>22</sup>CJCE, 2 septembre 2010, *Deutsche Post AG*, aff. C-399/08 P, Rec. p. I-7831, point 47

<sup>23</sup>Frédéric Mauget, « Lumière sur un contentieux obscur : peut-on s'opposer efficacement à la récupération d'aides d'État indûment perçues ? », *Droit fiscal* n° 47, 25 Novembre 2010, 566



Tel est le cas dans l'affaire Kimberly Clark/Scott<sup>24</sup>, qui vaut à la France une condamnation en manquement du fait de l'application d'une règle procédurale nationale ayant empêché la récupération d'une aide. Suite à une décision de récupération de la Commission, la ville d'Orléans émet plusieurs titres de recettes contre les sociétés Scott SA et Kimberly Clark SAS. Selon la Cour, la règle de l'effet suspensif de la contestation devant le TA de la légalité de ces titres par les deux entreprises (prévu par le CGCT) aurait dû rester inappliquée en ce qu'elle empêchait l'application du règlement n° 659/1999 en matière de récupération des aides illicites.

**Dans d'autres affaires, le juge de l'UE cherche à circonscrire les circonstances particulières pouvant justifier que le juge national s'absolve de son obligation de procéder à la récupération des aides illégales.**

Dès l'arrêt Syndicat français de l'express international<sup>25</sup>, l'existence de circonstances exceptionnelles justifiant de ne pas procéder à la restitution d'une aide est admise. Les conditions posées sont a priori larges et en grande partie similaires à celles indiquées aux articles 14 et 15 du règlement de procédure, notamment la contradiction avec des principes généraux du droit de l'UE ou l'impossibilité absolue de recourir à la récupération.

**Pour autant, l'appréciation par le juge s'est progressivement affirmée, comme a pu en attester la saga CELF.**

Cette affaire d'aides au centre d'exportation du livre français est célèbre par sa durée et ses soubresauts. Trois décisions successives de la Commission reconnaissant le caractère illégal bien que compatible des aides, ont été annulées par le Tribunal, dont la dernière en 2008<sup>26</sup>. Parallèlement, un contentieux en restitution a été engagé devant le juge administratif français, donnant lieu à des questions préjudicielles du Conseil d'État sur le régime de la récupération d'aides illégales ultérieurement déclarées compatibles.

Les réponses de la Cour ont varié dans le temps.

Dans un premier arrêt dit « Celf I »<sup>27</sup>, elle a indiqué que l'obligation pour les juridictions nationales d'ordonner la récupération intégrale des aides d'État illégales disparaît si la Commission a déjà décidé que l'aide était compatible avec le marché commun au moment où la juridiction nationale prononce son jugement<sup>28</sup>. Le juge national est alors seulement tenu d'ordonner au bénéficiaire de l'aide le paiement d'intérêts au titre de la période d'illégalité.

---

<sup>24</sup> CJCE, 5 oct. 2006, aff. C-232/05, Commission c/ France : Rec. CJCE 2006, I, p. 10071

<sup>25</sup> CJCE, Affaire C-39/94, SFEI et autres, précité point 7

<sup>26</sup> TPICE, 15 avr. 2008, aff. T-348/04 : Rec. CJCE 2008, II, p. 625 ; Europe 2008, comm. 199

<sup>27</sup> CJCE, 12 févr. 2008, aff. C-199/06 : Rec. CJCE 2008, I, p. 469 ; Europe 2008, comm. 124

<sup>28</sup> Ce principe est rappelé dans la Communication de la Commission relative à l'application des règles en matière d'aides d'État par les juridictions nationales le règlement de 2009



Selon la Cour, la récupération de l'aide illégale n'est pas prescrite par le droit de l'UE mais peut être mise en œuvre par le juge national dans le cadre de son droit national.

Dans sa seconde décision « Celf II », la Cour va bien plus loin puisqu'elle précise que les obligations posées par le Traité ne sont pas respectées par une simple condamnation au paiement d'intérêts sur des sommes qui demeureraient dans les comptes de l'entreprise. Le juge national ne peut surseoir à statuer dans l'attente de la décision de la Commission sur la compatibilité. Il doit ordonner la restitution des aides avec intérêts, ou, par exemple, le versement des fonds sur un compte bloqué, afin que le bénéficiaire n'en conserve pas la disposition, sans préjudice du paiement d'intérêts pour la période comprise entre la mise en œuvre anticipée de l'aide et son versement sur ce compte bloqué<sup>29</sup>. Et de restreindre le champ des circonstances exceptionnelles de nature à justifier une limitation de l'obligation du bénéficiaire de restituer cette aide en refusant d'intégrer dans cette notion l'adoption par la Commission des Communautés européennes de trois décisions successives déclarant une aide compatible avec le marché commun<sup>30</sup>.

**Il s'avère donc que le juge de l'Union borne de fait l'action de la juridiction nationale visant à garantir la sécurité juridique des bénéficiaires et plus largement, la protection des droits des justiciables.** Les évolutions récentes du droit de l'UE devraient toutefois bénéficier aux bénéficiaires et parties intéressées, avec des conséquences positives pour le redéploiement du rôle de créateur de droit du juge national.

## **II/Une coopération à redéployer pour une évolution effective du droit des aides d'Etat**

Les évolutions jurisprudentielles et normatives récentes laissent entrevoir un renouveau du dialogue entre autorités de contrôle, dont l'approfondissement est indispensable à une protection effective des intérêts des justiciables (A) et à la clarification d'un droit en renouveau (B).

### **A/ Un dialogue à approfondir pour une protection effective des intérêts des justiciables**

Comme indiqué précédemment, le juge de l'UE a vide de concurrencer l'omnipotence de la Commission, semble avoir diminué le poids du juge national, principal garde-fou des droits des justiciables. Toutefois, plusieurs mécanismes ont été consacrés par la jurisprudence et les récentes évolutions normatives. Ils permettent d'assurer une certaine stabilité pour les bénéficiaires d'aides d'Etat et leurs concurrents, en vue d'une meilleure acceptation des règles.

Le besoin de stabilité est inhérent à tout système de droit, l'Etat de droit confortant son assise par le fait qu'il introduit « dans la vie sociale une dose aussi forte que possible de sécurité, dispensant les sujets du droit d'appuyer leurs revendications sur le seul usage de la force et les

---

<sup>29</sup>CJUE, Arrêt du 11 mars 2010, C-1/09, EU:C:2010:136.

<sup>30</sup>Point 55

garantissant du sort incertain de leurs armes »<sup>31</sup>. A l'inverse, le droit de l'UE, et en particulier des aides d'État, évolutif et applicable à des systèmes juridiques différents semble créer un risque d'hétérogénéité des normes.

Pour réduire l'incertitude dans la réalisation d'un droit que le juge de l'UE tente d'homogénéiser, le recours à des principes de portée générale s'est généralisé. D'une valeur supérieure au droit dérivé, équivalente aux traités, ces principes contribuent au renforcement du droit de l'UE.

C'est le cas du principe de sécurité et son « versant subjectif », le principe de confiance légitime. Ce dernier se définit par la croyance des administrés en la capacité de l'autorité d'assurer l'exécution des règles établies. Cette confiance est considérée comme légitime et donc invocable si elle est fondée en droit, c'est à dire qu'elle a été accordée dans le respect des procédures en vigueur<sup>32</sup>) et si elle justifiée par des circonstances qui attestent que les bénéficiaires ont reçu des assurances suffisamment précises et concordantes de l'administration pour faire naître dans leur esprit une « attente légitime ».

Pour vérifier ces conditions, le juge national a un champ de contrôle élargi puisque la Cour l'encourage à déterminer, « dans le cadre d'une appréciation globale effectuée in concreto et [...] en tenant compte de l'ensemble des circonstances pertinentes relatives à celle-ci » si un opérateur économique prudent et avisé pouvait être en mesure de prévoir la possibilité d'un retrait anticipé de l'avantage fiscal octroyé par la loi relative à la taxe sur l'énergie<sup>33</sup>

Il a pu arriver, comme cela a été le cas dans l'arrêt Plantanol<sup>34</sup>, que le juge de l'UE réduise la portée du principe du fait d'une approche restrictive de la notion de circonstances exceptionnelles qui exclut les cas où l'opérateur n'a pas été assez diligent..

**Toutefois, les bénéficiaires d'aides d'État ne sont pas dépourvus de moyens pour revendiquer leurs droits devant le juge national.**

Ainsi il apparaît que le bénéficiaire pourrait exciper à bon droit de sa bonne foi s'il a sollicité la notification du dispositif à la Commission européenne, que cela lui a été refusé et que le juge national n'a accédé à la demande d'annulation contentieuse de cette décision.

Dans ce cas, si l'aide est considérée illégale par la suite, le requérant sera, compte-tenu de sa diligence, légitime à s'opposer à invoquer« des circonstances exceptionnelles, qui ont pu fonder sa confiance dans le caractère régulier de cette aide ».

---

<sup>31</sup>Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, Jean Pierre Puissochet

<sup>32</sup>CJCE 20 septembre 1990, Commission/Allemagne, C-5/89, Rec. p. I-3437, point 14

<sup>33</sup>CJCE 10 septembre 2009, Plantanol, aff C-201/08, Rec. I.8343

<sup>34</sup> Ibid

En revanche, ainsi que l'ont démontré Messieurs Christophe Mondou et Aymeric Potteau<sup>35</sup>, le juge national pourrait être peu enclin à reconnaître la responsabilité de l'Etat. Cela impliquerait de reconnaître que son erreur d'interprétation a causé un dommage pour le bénéficiaire de l'aide illégale récupérée. On touche là à une limite de l'application du droit de l'UE par le juge national.

**Pour autant, le juge national sait utiliser les moyens à sa disposition pour protéger les justiciables.**

Ainsi, dans un arrêt de Section récent, du 13 mars 2015, le Conseil d'État commence par rappeler que la répétition d'une aide indûment versée peut être exclue au regard de la protection de la confiance légitime. Mais il motive finalement sa décision visant à enjoindre l'autorité d'octroi à restituer la somme récupérer par le fait que la procédure est irrégulière en ce qu'elle n'a pas respecté le principe du contradictoire.

Dans son utilisation du principe du respect du contradictoire, le juge national n'est pas avant-gardiste mais inspiré par le juge de l'UE dans son traitement du droit des plaignants.

**Le juge de l'UE est en effet à l'origine d'un statut des plaignants, d'abord en droit de la concurrence « classique » puis en droit des aides d'Etat.**

Dès l'arrêt *Athinaïki Techniki*<sup>36</sup>, la Cour de justice considère que la partie intéressée dispose d'un droit au déclenchement de la phase préliminaire d'examen dès lors qu'elle a fourni les informations relatives à l'aide dont l'illégalité est alléguée. La Cour adopte une position laxiste concernant le formalisme et la nature des informations devant être transmises à la Commission pour faire ouvrir à cette dernière la procédure formelle. Corrélativement, selon le juge de l'UE, la Commission a l'obligation non seulement d'examiner sans délai l'existence de l'aide et de sa compatibilité avec le marché intérieur, mais aussi d'adopter une décision pour clore la phase d'examen préliminaire.

Ces avancées doivent être relativisées au vu de la révision des règlements de procédure, intervenue en 2013. La Commission européenne, sous couvert « d'améliorer la qualité des plaintes [...] tout en accroissant la transparence et la sécurité juridique » cherche à contenir les effets de cette jurisprudence.

Comme démontré par Francesco Martucci<sup>37</sup>, le fait d'imposer aux plaignants de démontrer qu'ils sont des « parties intéressées » au sens de l'article 108, paragraphe 2, du TFUE et de l'article 1er, point h, du règlement (CE) n° 659/1999 a un effet filtrage important.

---

<sup>35</sup>Le contrôle par le juge administratif du pouvoir de notifier les **aides d'État** à la Commission européenne, RFDA 2009 p.123

<sup>36</sup> CJUE, 17 juillet 2008, *Athinaïki Techniki/Commission*, aff C-521/06 P, Rec. p. I-5829

<sup>37</sup> F. Martucci, Modernisation des aides d'État : une réforme en demi-teinte, in *L'année 2013 en droit de la concurrence*, colloque AFEC : Contrats, conc. consom. 2014, étude 17

En outre, la Commission dispose d'une certaine marge d'appréciation pour apprécier si le formulaire de plainte a été rempli «en bonne et due forme ».

Si aucun contentieux relatif à l'appréciation par la Commission de ces nouveaux critères de recevabilité d'une plainte n'a pour le moment abouti, il y a fort à parier que le juge de l'UE saura développer d'autres moyens pour renforcer les droits des justiciables.

**A cet égard, le dialogue entre autorités de contrôle devra être renforcé pour éviter qu'un même principe (sécurité juridique ou principe du contradictoire) trouve une application différente selon l'autorité considérée.** Cet approfondissement du dialogue est d'autant plus important que les évolutions récentes du droit des aides d'Etat font naître des incertitudes sur leurs modalités de mise en œuvre.

#### **B/ Une coopération à redéfinir pour l'interprétation d'un droit en renouveau.**

Si le juge national est normalement tenu de faire respecter une « standstill obligation » (ou interdiction de mise à exécution avant autorisation de la Commission), cette obligation peut être levée dans plusieurs cas de figures :

-si l'aide est considérée comme « existante » au sens du règlement de procédure n°659/1999 modifié<sup>38</sup> ;

-si l'aide relève des *aides de minimis* ;

-si l'aide remplit les conditions posées par un règlement d'exemption par catégorie (RGEC).

**Les cas relatifs aux deux dernières hypothèses se sont multipliés ces dernières années du fait des évolutions du droit de l'UE visant une mise en œuvre simplifiée des aides d'Etat.**

Le règlement d'exemption par catégorie (RGEC) est adopté par la Commission en vertu du règlement dit « d'habilitation » qui l'autorise à réglementer en lieu et place du Conseil sur des questions relatives à l'application des articles 107 et 108 du Traité<sup>39</sup>. Si la Commission a commencé à faire usage de cette prérogative en 1998 et surtout 2008<sup>40</sup>, le premier RGEC adopté restait toutefois limité à quelques catégories d'aide dont le champ d'application était relativement restreint.

---

<sup>38</sup> Règlement (CE) n°569/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 TCE (article 107 du TFUE), JOCE L 83 du 27 mars 1999 tel que modifié en dernier lieu par le règlement (UE) n°734/2013 du Conseil du 22 juillet 2013, JOUE du 31 juillet 2013.

<sup>39</sup> Règlement (CE) n°994/98 du Conseil du 7 mai 1998 sur l'application des articles 92 et 93 du traité instituant la Communauté européenne à certaines catégories d'aides horizontales

<sup>40</sup> Règlement (CE) n° 800/2008 de la Commission du 6 août 2008 déclarant certaines catégories d'aide compatibles avec le marché commun en application des articles 87 et 88 du traité (Règlement général d'exemption par catégorie)

Dans le cadre de la modernisation du droit des aides d'Etat, la Commission a cherché à renforcer l'efficacité de la politique de l'UE en matière d'aides d'Etat en rationalisant le système pour une meilleure intégration. La décentralisation de l'exécution administrative s'est avérée être la clef de la simplification des procédures et d'une responsabilisation des autorités nationales vectrice d'intégration.

C'est la raison pour laquelle le champ d'application du RGEC général a été élargi et que deux RGEC spécifiques au secteur de l'agriculture et au secteur de la pêche ont été adoptés. La Commission a ainsi affiché l'objectif de placer à terme 90% des aides sous RGEC. Quinze catégories d'aides<sup>41</sup> sont désormais prévues dans le RGEC général contre 7 auparavant. En outre, dans certaines des catégories déjà existantes les conditions d'application ont été assouplies. C'est le cas par exemple des aides d'Etat à la RDI qui peuvent désormais s'étendre aux projets pilotes et prototypes, aux pôles d'innovation et aux aides à l'innovation de procédé et d'organisation.

La prolifération des aides adoptées sur base du RGEC implique celle des actions intentées devant les juridictions nationales sur l'applicabilité d'un règlement d'exemption par catégories. Toutefois, comme précisé par la Communication de 2009, « lorsque l'applicabilité d'un tel règlement est mis en cause la juridiction nationale doit se borner à apprécier si toutes les conditions énoncées dans le règlement [...] sont remplies ».

Il s'avère que dans de nombreuses situations le juge national se tournera vers le juge de l'UE pour décrypter les conditions de forme et de fond, parfois complexes et très spécifiques à certaines matières, qui sont énumérées dans le RGEC. Ainsi dans l'affaire récente *Bericap*<sup>42</sup> le juge précise la notion d'« entreprises liées » telles qu'entendue par l'article 3, paragraphe 3, de l'annexe I du RGEC de 2008. Dans l'affaire C-245/16 *Nerea*, le juge de l'UE sera amené, à la lumière des conclusions de l'avocat général à apprécier la notion de procédure d'insolvabilité collective qui exclut du bénéfice du RGEC.

Dans le cadre de ce nouvel exercice, le juge de l'Union semble avoir une position stricte sur les conditions de recours au RGEC. En atteste l'affaire *Dilly's Wellnesshotel* concernant l'applicabilité de l'article 25 RGEC relatif aux aides sous forme de réductions de taxes environnementales<sup>43</sup>. La Cour insiste sur le fait que les conditions d'application doivent être

---

<sup>41</sup> Les aides à finalité régionale, les aides en faveur des PME, en faveur de l'accès des PME au financement, les aides à la RDI, à la formation, aux travailleurs défavorisés et aux travailleurs handicapés, les aides à la protection de l'environnement, les aides destinées à la réparation des dommages causés par les catastrophes naturelles, les aides sociales aux habitants des régions périphériques, pour le transport; les aides en faveur des infrastructures à haut débit de base, les aides en faveur de la culture et de la conservation du patrimoine, les aides en faveur des infrastructures locales, les aides en faveur des infrastructures sportives et récréatives multifonctionnelles. Depuis la révision du RGEC en 2017, les catégories « aides au ports » et « aides aux aéroports » ont également été intégrées.

<sup>42</sup> Ordonnance de la Cour, 11 mai 2017, *Bericap*, aff C-53/17

<sup>43</sup> CJUE, 1re ch., 21 juill. 2016, aff. C-493/14, *Dilly's Wellnesshotel*

interprétées de manière stricte car si la Commission est autorisée à adopter de tels règlements c'est « afin d'assurer une surveillance efficace des règles de concurrence en matière d'aides d'État et de simplifier la gestion administrative », sans que cela ne doivent affaiblir son contrôle de la Commission puisque de tels règlements ont également « pour objectif d'augmenter la transparence et la sécurité juridique ».

Il apparaît donc que l'interprétation des dispositions nouvelles du RGEC sera propice au renforcement du dialogue entre juges pour une mise en œuvre plus sécurisée des dispositions édictées par la Commission. Ce dialogue sera d'autant plus serein qu'il n'impliquera plus de se prononcer sur le bienfondé d'une décision de la Commission puisque celle-ci devient dans le système du RGEC une simple chambre d'enregistrement, à l'exception des cas où un contrôle ex-post est mené.

L'approfondissement du dialogue entre entités est également patent en matière d'aides *de minimis*. La Cour a été amenée à plusieurs reprises à préciser la portée de l'identification de l'entreprise dans l'hypothèse particulière d'un groupe économique qui s'est recomposé en plusieurs entités distinctes. Ainsi dès 1984 et l'arrêt Intermills c/ Commission, elle indique que le groupe doit être appréhendé comme une entreprise unique en dépit de personnalités juridiques distinctes<sup>44</sup>. Les jurisprudences récentes sont venues apporter des éclaircissements sur l'identification du bénéficiaire de l'aide et la notion d'entité économique, l'analyse économique l'emportant dans bien des cas<sup>45</sup>.

Cette jurisprudence a été consacrée dans le nouveau règlement *de minimis* qui précise que le seuil de 200 000 euros au delà duquel l'aide doit être notifiée s'applique au niveau du groupe. Et d'indiquer dans l'article 2§2 la définition de l'entreprise unique.

Cette codification de la jurisprudence de la Cour est également pratiquée par la Commission dans sa Communication sur la notion d'aides d'État du 19 juillet 2016<sup>46</sup> qui compile les conditions de qualification des aides d'État.

Ce document ne permet pour autant pas de clarifier réellement la notion d'aide d'État puisque la Commission prend la liberté d'y intégrer un concept nouveau : les « activités purement locales » qui n'engendrent pas d'aide d'État.

Ce concept émane d'un revirement de la pratique décisionnelle de la Commission. En avril 2015, elle prend ainsi sept décisions déclarant l'absence d'aide d'État en raison de l'absence d'affectation des échanges entre États membres.

---

<sup>44</sup> CJUE, 14 novembre 1984, aff C-323/82

<sup>45</sup> TPICE, 8 sept. 2009, aff. T-303/05, AceaElectrabel c/ Comm.

<sup>46</sup> Communication de la Commission relative à la notion d'« aide d'État » visée à l'article 107, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, C/2016/2946, OJ C 262, 19.7.2016, p. 1–50

La communication sur la notion d'aide d'Etat du 19 mai 2016 est venue acter ce changement en renversant la charge de la preuve : l'affectation des échanges entre Etats membres doit être prouvée, elle ne peut être présumée. En effet, conformément au point 195 de cette Communication sur la notion d'aide d'Etat, l'affectation des échanges entre les Etats membres ne peut être présumée ou hypothétique ; il doit être établi pourquoi la mesure est susceptible d'affecter les échanges entre Etats membres sur la base des effets prévisibles de la mesure.

L'application de ce nouveau concept sera ardue, la Commission se référant à un faisceau d'indices dont elle n'a établi de liste exhaustive et dont la satisfaction d'un seul ne sera pas suffisante pour conclure à l'absence d'affectation des échanges entre Etats membres.

Les autorités françaises préparent un projet de note à soumettre à la Commission comportant quelques exemples dans lesquels il leur semble que le concept d'activité purement locale pourrait s'appliquer. Cet exercice ne saurait fournir au juge national une règle objective grâce à laquelle il sera en mesure de déterminer s'il y a activité purement locale ou si l'Etat a manqué à son obligation de déclarer ou notifier une aide. Il y a donc fort à parier que la notion fasse couler beaucoup d'encre d'un stylo tenu par plusieurs mains.

\*\*\*

Il est des domaines où le dialogue est plus aisé que d'autres. Le droit des aides d'Etat ne semble pas en faire partie. L'enjeu qui y est associé –la protection de la libre concurrence dans le marché intérieur pour une plus grande intégration économique- est sans doute pour beaucoup à la mainmise de la Commission sur cette matière et partant, la faible marge de manœuvre des autres entités impliquées dans le contrôle du droit des aides d'Etat.

Bien qu'il ait une fonction essentielle à la mise en œuvre des règles et à la sauvegarde de la légitimité de l'ensemble, le juge national endosse souvent la fonction de bourreau de bénéficiaires victimes de la complexité de ce droit ou de simple colporteur de la bonne parole du duo Commission/juge de l'UE. Ce dernier lui livre à l'occasion quelques pistes pour mener à bien son rôle de protecteur des intérêts des justiciables mais n'en demeure pas moins sévère quand il s'agit de garantir sa place dans la course aux compétences interprétatives. Dans cette compétition effrénée, sa principale rivale est la Commission dont la schizophrénie entrave les bonnes résolutions de simplification du droit et d'allégement des procédures d'instruction des aides d'Etat. A cet égard, la préservation (voire la création) d'un certain flou, d'une flexibilité inhérente à cette matière évolutive semble davantage propice au maintien de sa position centrale qu'à l'engagement d'un dialogue construit et constructif pour une application effective du droit des aides d'Etat. Les évolutions à venir permettront peut être de surmonter les écueils de ce dialogue de sourds et dépasser la vision pessimiste de la communication décrite par Bernard Weber « Entre ce que je pense, ce que je veux dire, ce que je crois dire, ce que je dis, ce que vous avez envie d'entendre, ce que vous entendez, ce que vous comprenez... il y a dix possibilités qu'on ait des difficultés à communiquer. Mais essayons quand même... »